

THE CANADIAN BAR REVIEW

LA REVUE DU BARREAU
CANADIEN

Vol. 97

2019

No. 3

**LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE INDIRECTE ET
LA SOUMISSION AU TRIBUNAL ÉTRANGER SELON
LA COUR SUPRÊME DU CANADA APRÈS L'ARRÊT
*BARER C KNIGHT BROTHERS***

Gérald Goldstein*

Dans le contexte de la reconnaissance d'une décision étrangère au Québec, l'auteur conteste l'opportunité de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Barer qui fait reposer sur le demandeur la charge de prouver la compétence du tribunal étranger, contrairement à la lettre et à l'esprit de l'article 3155 CcQ. Il déplore la position majoritaire relative au standard de soumission au tribunal étranger, rejetant une théorie tenant réellement compte de l'intention du défendeur. Il approuve la position majoritaire confirmant la jurisprudence permettant d'utiliser un pouvoir discrétionnaire (art 3164 CcQ) dans le contexte d'une règle de compétence expresse (art 3168 CcQ).

The author draws on the recognition of a foreign judgment in Quebec to contest the appropriateness of the Supreme Court of Canada decision in the Barer case, which placed the burden of proof on the plaintiff for establishing jurisdiction of a foreign court, contrary to the letter and spirit of art. 3155 CCQ. The author criticizes the majority opinion regarding the standard of submission to the foreign court, which rejects a theory that truly considers the defendant's intention. He approves of the majority opinion's finding that case law supports the use of discretionary power (art. 3164 CCQ) in connection with a rule of direct jurisdiction (art. 3168 CCQ).

* Professeur titulaire (directeur du programme de maîtrise en droit comparé), Faculté de droit, Université de Montréal; Maîtrise, D.E.S.S. (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), docteur en droit (Université McGill).

Table des matières

| | |
|---|-----|
| Introduction | 450 |
| Section 1. L' affaire <i>Barer</i> | 451 |
| Par. 1. Les faits et les prétentions | 451 |
| Par. 2. Les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel | 452 |
| Section 2. Analyse critique de la décision de la Cour suprême dans l' affaire <i>Barer</i> | 452 |
| Par. 1. La charge de la preuve des conditions de l'article 3155 CcQ | 454 |
| A. L'opinion majoritaire | 454 |
| B. L'opinion minoritaire | 460 |
| C. Appréciation critique | 462 |
| 1. Le renversement de la charge de la preuve | 462 |
| 2. La portée du renversement de la charge de la preuve | 463 |
| Par. 2. Le standard de reconnaissance de compétence indirecte ou de soumission au tribunal étranger en vertu de l'article 3168(6) CcQ | 464 |
| A. L'opinion majoritaire | 465 |
| 1. Une approche rigide | 465 |
| 2. Application à l'espèce | 468 |
| B. L'opinion minoritaire | 468 |
| 1. Une approche plus souple | 468 |
| 2. Application à l'espèce | 469 |
| C. Appréciation critique : portée du standard de soumission au tribunal dans l'arrêt <i>Barer</i> | 470 |
| Par. 3. Les rapports entre les articles 3164 et 3168 CcQ | 470 |
| A. Sur l'exigence négative d'un rattachement important selon l'article 3164 CcQ dans le domaine de l'article 3168 CcQ | 473 |
| 1. L'opinion majoritaire | 473 |
| 2. L'opinion concordante sur ce point de Mme la juge Côté | 474 |
| i- Position favorable à l'exigence d'un rattachement important | 475 |
| ii- Application à l'espèce | 476 |
| 3. L'opinion de M. le juge Brown : exclusion de l'exigence du rattachement important de l'article 3164 CcQ | 477 |
| B. Sur l'effet miroir positif de l'article 3164 CcQ dans le domaine de l'article 3168 CcQ | 479 |
| 1. L'opinion majoritaire | 479 |
| 2. L'opinion dissidente de Mme la juge Côté | 480 |
| 3. L'opinion de M. le juge Brown | 480 |
| Par. 4. Notion de demande incidente et compétence découlant de l'article 3139 CcQ | 481 |
| A. Interprétation large de l'article 3139 CcQ par M. le juge Brown | 481 |
| B. Interprétation restrictive de l'article 3139 CcQ par la majorité | 482 |

| | |
|---|-----|
| Conclusion | 483 |
| I. Sur le principe du miroir joint à l'adoption de quelques règles expresses | 483 |
| II. Sur l'exigence d'un rattachement important entre le litige et le tribunal étranger | 484 |
| III. Résultat : un cumul de difficultés d'interprétation | 484 |

Introduction

Les faits de l'affaire illustrent le dilemme devant lequel se trouvent parfois les personnes qui font des affaires à l'extérieur de leur province lorsqu'elles sont poursuivies à l'étranger devant un tribunal qui, selon elles, n'a pas compétence sur le litige. Elles doivent choisir entre se défendre contre la poursuite dont elles font l'objet à l'étranger en espérant obtenir une décision favorable, ou s'en abstenir. Elles peuvent être enclines à opter pour ce second choix pour éviter qu'un tribunal de leur province, saisi d'une demande en reconnaissance et en exécution d'une décision éventuellement défavorable rendue par le tribunal étranger, conclue qu'elles ont reconnu la compétence de ce dernier. Cette décision suppose nécessairement une comparaison des risques et des avantages que comporte la protection des biens que possède l'intéressé dans chaque ressort.¹

Cette citation explique très clairement le problème pratique présenté à un plaideur qui veut éviter d'entrer suffisamment dans le litige pour ne pas donner compétence à un tribunal étranger par le biais d'une attitude éventuellement considérée comme une soumission tacite, tout en essayant de ne pas laisser la partie belle au demandeur, si le tribunal lui donne tort et rend une décision par défaut sans avoir eu l'occasion de présenter ses arguments.

Cette situation délicate a donné lieu à une récente décision importante de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Barer*², qui soulève aussi plusieurs autres questions difficiles relatives à la condition de la compétence internationale d'un tribunal étranger ayant rendu une décision dont l'effet est réclamé au Québec en vertu de l'article 3155 du CcQ.

Ainsi, en plus de devoir décider du standard permettant de considérer que le défendeur s'est soumis à la cour étrangère du pays d'origine de

¹ *Barer c Knights Brothers LLC*, 2019 CSC 13 au para 2 [*Barer*]. Voir le commentaire de Cristin Schmitz, « [SCC clarifies what submission to foreign courts' jurisdiction means under Civil Code of Quebec](#) », *The Lawyer's Daily* (22 février 2019), en ligne : <<https://www.thelawyersdaily.ca/articles/10462/print?section=civillitigation>>.

² *Supra* note 1.

la décision, la Cour suprême—divisée sur chacun de ces points—a dû répondre aux questions relatives à la charge de la preuve à présenter au tribunal du pays de reconnaissance (1°), à celles des liens complexes entre les articles 3164 et 3168 CcQ présidant à l'analyse de la compétence du tribunal étranger (2°), et à celle des situations dans lesquelles les liens de connexité suffisent entre des demandes pour permettre d'étendre aux demandes incidentes une compétence reconnue au tribunal étranger sur la demande principale (3°).

Après une rapide présentation du litige de l'affaire *Barer*, des prétentions des parties et des décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel (Section 1), nous exposerons notre appréciation critique du sens et de la portée de cette décision de la Cour suprême de près de 180 pages qui pourrait influencer considérablement le droit québécois et canadien de la reconnaissance des jugements étrangers (Section 2).

Section 1. L' affaire *Barer*

Nous examinerons brièvement les faits et les prétentions des parties (par. 1), puis les décisions rendues dans cette affaire par la Cour supérieure et la Cour d'appel (par. 2).

Par. 1. Les faits et les prétentions

Pour exécuter un contrat d'installation de machines dans l'État de l'Utah obtenu par une société (BEC) ayant son siège dans le Vermont, et dont le secrétaire était M. Barer, la société du Vermont passe un contrat de sous-traitance de construction de fondation avec la compagnie Knight Brothers, ayant son siège dans l'État de l'Utah. Un litige surgit sur le prix que devait payer BEC, en raison de difficultés relatives à la construction des fondations non envisagées lors de la conclusion du contrat de sous-traitance. BEC refuse de payer, mais il semblerait que M. Barer ait alors affirmé que le prix plus élevé serait payé par BEC, à la suite de quoi la compagnie Knight Brothers acheva l'exécution du contrat. Mais BEC refuse de payer et le sous-traitant poursuit dans l'État de l'Utah BEC et Barer personnellement pour obtenir le paiement de toute la somme due, en invoquant divers motifs, dont la levée du voile corporatif, afin de poursuivre directement M. Barer, et l'enrichissement sans cause. M. Barer soulève l'incompétence du tribunal de l'Utah en ce qui le concerne. Le tribunal de l'Utah écarte cet argument et condamne par défaut M. Barer et BEC à payer une somme de plus d'un million de dollars.

Le sous-traitant veut alors faire exécuter le jugement américain au Québec et M. Barer s'oppose à cette reconnaissance en invoquant l'absence de compétence du tribunal de l'Utah sur sa personne.

Par. 2. Les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel

La Cour supérieure³ admet la compétence de la cour de l'Utah en se fondant essentiellement sur l'article 3168(6) CcQ, qui énonce : « Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, la compétence des autorités étrangères n'est reconnue que dans les cas suivants: [...] 6° Le défendeur a reconnu leur compétence ».

Elle considère que M. Barer avait reconnu la compétence du tribunal étranger en présentant des arguments de fond lors d'une requête en irrecevabilité qu'il avait présentée devant le tribunal de l'État de l'Utah. La Cour se fondait alors sur les éléments de preuve à ce sujet présentés par Knight Brothers.

Elle reconnaît donc la décision étrangère et condamne M. Barer à payer la totalité de la somme demandée par le sous-traitant.

La Cour d'appel confirme cette solution sans précision. Son jugement est porté en appel à la Cour suprême du Canada, qui accepte d'entendre l'affaire.

Section 2. Analyse critique de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Barer*

La question posée à la Cour suprême portait sur la compétence du tribunal de l'Utah éventuellement fondée sur la soumission de M. Barer à ce tribunal du fait de sa participation à certains actes de procédure.

M. Barer contestait la soumission au tribunal étranger et il avançait que même s'il était jugé qu'il avait reconnu la compétence du tribunal de l'Utah, il n'existait pas de rattachement important entre cet État et le litige entre lui et la compagnie Knight Brothers.

La majorité de la Cour suprême du Canada, sous la plume de M. le juge Gascon, confirme la compétence de la cour étrangère et la reconnaissance de sa décision à la suite de longs et riches débats. M. le juge Brown rend une opinion concordante, mais très différente quant aux motifs, de celle de la majorité, alors que Mme la juge Côté présente une opinion

³ *Knight Brothers, llc v Central Bearing Corporation Ltd*, 2016 QCCS 3471.

dissidente quant à la solution, bien que concordante sur certains points, avec l'opinion majoritaire.

La question préalable de la charge de la preuve des conditions de l'article 3155 CcQ fit l'objet d'un débat puisque M. Barer soutenait que celui qui demande la reconnaissance doit prouver la compétence du tribunal étranger, alors que le sous-traitant invoquait le principe habituellement admis selon lequel celui qui s'oppose à cette reconnaissance doit prouver l'absence de compétence du tribunal étranger, la première exception au principe de reconnaissance admis dans l'article 3155 CcQ qui énonce : « Toute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants: [...] ».

La Cour suprême donne raison à M. Barer sur ce point et considère que le sous-traitant devait prouver cette compétence étrangère.

Sur ce premier point, il ne nous semble pas que cette question de la charge de la preuve ait été traitée conformément à la lettre et à l'esprit de l'article 3155 CcQ (par. 1).

Par ailleurs, la majorité de la Cour suprême admet la compétence étrangère en affirmant que M. Barer s'était soumis à la compétence du juge étranger. Sur ce point, la solution dissidente de Mme la juge Côté nous paraît mieux justifiée.

La solution retenue par la majorité de reconnaître la décision étrangère dépendait de trois questions que nous examinerons :

- 1° celle de la théorie de la soumission au tribunal étranger en vertu de l'article 3168(6) (par. 2);
- 2° celle de l'interprétation donnée au rôle possible de l'article 3164 au sein des règles de compétence indirecte et spécialement de l'article 3168 CcQ (est-il possible d'utiliser tout ou partie de l'article 3164 CcQ dans le contexte d'une application de l'article 3168 CcQ et, si oui, de quelle manière ?) (par. 3);
- 3° celle de l'interprétation large ou restreinte donnée à la notion de demande incidente pour étendre la compétence d'un tribunal valablement saisi d'une demande principale en vertu de l'article 3139 CcQ (par. 4).

Nous porterons donc un regard critique sur ces quatre questions en examinant les raisonnements tenus par les trois différentes opinions exprimées dans cet arrêt.

Par. 1. La charge de la preuve des conditions de l'article 3155 CcQ

Quant à la charge de la preuve des conditions de reconnaissance d'une décision étrangère, la majorité de la Cour, tout comme Mme la juge Côté, dissidente, admet qu'elle repose sur les épaules du demandeur, alors que l'article 3155 CcQ implique au contraire qu'elle devrait reposer sur le défendeur.

A. L'opinion majoritaire

Selon M. le juge Gascon, écrivant au nom de la majorité de la Cour, le principe général de l'article 3155 CcQ, selon lequel l'absence de reconnaissance ou d'exécution est une exception⁴, doit découler de l'application de l'un des cas énumérés dans cette disposition. Il admet aussi que l'on s'attend à ce que le plaideur qui veut s'opposer à cette reconnaissance prouve que l'une des exceptions s'applique, en vertu des règles générales de preuve⁵. En effet, comme l'écrit le professeur Ducharme, autorité très réputée en ce domaine⁶ :

De façon générale, on peut affirmer que le fardeau de la preuve incombe à celui qui invoque une situation d'exception.

Comme on ne peut nier que l'absence de reconnaissance d'une décision étrangère est une exception dans le droit adopté en 1994, il existe donc une présomption favorable envers ces décisions étrangères, que l'on peut repousser à la condition d'invoquer un motif prévu à l'article 3155 CcQ. C'est ce que soutenait Knight Brothers, le demandeur à la requête en exécution au Québec.

Toutefois, M. le juge Gascon écarte cette interprétation au bénéfice du défendeur, M. Barer, en affirmant au contraire que le *demandeur* doit prouver certains éléments et notamment les faits permettant d'établir la compétence du tribunal étranger, première exception à la reconnaissance prévue à l'article 3155 (1) CcQ.

⁴ Barer, *supra* note 1 au para 23.

⁵ *Ibid* au para 24.

⁶ Voir Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6^e éd, Wilson & Lafleur, 2005, n° 123 [Ducharme].

Cette position surprenante et contraire à la position doctrinale et à la jurisprudence antérieure est étayée par un raisonnement comprenant au moins six arguments que nous allons maintenant envisager de manière critique.

-i. Argument tiré des exigences de présenter notamment une copie de la décision étrangère

Le premier motif invoqué⁷ par le juge consiste à faire remarquer que certaines dispositions (l'article 786, al 1 de l'ancien *Code de procédure civile*) semblent aller à l'encontre de cette politique en obligeant le requérant à produire certains documents permettant de faire la preuve de certaines conditions de l'article 3155 CcQ : il faut produire le texte du jugement étranger et amener une preuve de la signification conforme au droit étranger en cas de décision par défaut selon l'article 3156 CcQ et du caractère final de la décision étrangère afin de respecter l'article 3155 (2) CcQ.

Toutefois, il est clair que *ces exigences* sont conçues comme le *minimum qui permettra* au demandeur par application combinée des articles 2803, 2822 et 3155 CcQ *de créer une présomption de validité d'un droit* découlant de l'existence de fait d'une décision étrangère (art 2803 et 3155 CcQ), dont le contenu est censé être prouvé (art 2822 CcQ), ce qui la fait bénéficier du principe de la reconnaissance⁸.

De plus, la production du texte de la décision permettra éventuellement le contrôle des conditions de l'article 3155 CcQ *en cas de contestation*, notamment de sa conformité avec l'ordre public quant au fond (art 3155(5) CcQ).

De manière générale, selon un auteur⁹ :

La preuve écrite opère également un renversement du fardeau de la preuve. Celui qui veut faire valoir un droit dont l'existence est constatée dans un écrit instrumentaire n'a qu'à produire cet écrit pour en démontrer l'existence. Comme tout écrit instrumentaire fait preuve de l'acte juridique qu'il renferme [...] , il s'ensuit que le fardeau de prouver qu'un tel écrit n'est pas l'expression de la vérité incombe à celui qui l'allègue.

⁷ Barer, *supra* note 1 au para 25.

⁸ Voir Gérald Goldstein, « Fascicule 10 : Principes généraux et conditions générales de reconnaissance et d'exécution » au n° 36, dans Pierre-Claude Lafond et Gérald Goldstein, dir, *JCQ Droit international privé*.

⁹ Ducharme, *supra* note 6, n° 135.

Ainsi, selon les règles habituelles de la preuve¹⁰, telles que comprises jusqu'à présent en matière de reconnaissance de décisions étrangères, le demandeur va présenter en application de l'article 508 du nouveau *Code de procédure civile* (art 786, al 1 de l'ancien Code) une copie de la décision étrangère. Ceci va entraîner une présomption de validité de son droit acquis en vertu de la décision étrangère. Puis, selon l'article 3155 CcQ, ce sera au défendeur de repousser cette présomption en réussissant à prouver que l'une des conditions négatives de cet article se trouve respectée en l'espèce. Ainsi, du fait de la présentation de la décision, *le fardeau de persuasion repose sur le défendeur*.

En approfondissant ce point, on peut ajouter que, comme les auteurs spécialisés en matière de preuve l'expliquent¹¹ :

La distinction entre l'obligation de convaincre et celle de produire des éléments de preuve est importante, lorsque le tribunal constate l'insuffisance de la preuve [...] **Une partie peut avoir la charge de produire des éléments de preuve, sans avoir le fardeau de persuasion.** C'est souvent l'effet que produisent les présomptions de fait.

Ainsi, le *demandeur* qui veut faire reconnaître une décision étrangère doit en amener une copie et il remplit alors son *obligation de produire une preuve*, mais il n'a pas pour autant le fardeau de convaincre la cour : en vertu de l'article 3155 CcQ, celle-ci repose sur le *défendeur* à la requête en reconnaissance qui a la *charge de la persuader* qu'il existe des motifs de ne pas le faire.

Certaines des exigences invoquées par M. le juge Gascon sont des *exceptions* limitées au principe de reconnaissance, ce qui justifie leur rédaction expresse, notamment les dispositions de l'article 3156 CcQ, qui vient *renverser* la charge de la preuve en cas de jugement par défaut puisqu'il est expressément prévu que le *demandeur* doit alors prouver la signification à l'étranger et qu'*ensuite*, le *défendeur* peut encore invoquer qu'il n'a tout de même pas pu présenter sa défense. Cette règle exceptionnelle, dans le cas d'une décision dont on a vraiment des motifs sérieux de se méfier, illustre le principe inverse adopté dans l'article 3155 CcQ : c'est au défendeur à la requête en reconnaissance d'invoquer que l'une des conditions *négatives* de l'article 3155 CcQ est remplie et non l'inverse.

¹⁰ Voir ainsi : Jean-Claude Royer (par Catherine Piché), *La preuve civile*, 5^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2016, n° 155 [Royer].

¹¹ *Ibid* à la p 126, n° 188 [notre emphase].

Il nous semble donc que l'interprétation donnée par la Cour suprême contredit directement la lettre de cet article 3155 CcQ *puisque* en conséquence logique de ce schéma relatif à la charge de la preuve, il n'exige pas de prouver—positivement—que le tribunal étranger *est compétent* mais, au contraire, il demande expressément de prouver—négativement—que le tribunal étranger *n'est pas compétent*.

En d'autres termes, à notre avis, *en vertu du droit québécois tel qu'adopté dans le Code civil, il n'existe pas d'obligation positive de prouver la compétence du tribunal étranger afin de faire reconnaître sa décision*, sauf en réponse à une contestation de cette compétence de la part du défendeur. Dans ce cas, le fardeau de la preuve se déplace à nouveau.

Si le défendeur ne peut prouver l'absence de compétence, cette condition de compétence indirecte est remplie selon l'article 3155 CcQ. Le défendeur ne se sera pas déchargé du fardeau de la preuve que l'une des exceptions à la reconnaissance s'applique. C'est cette logique que la Cour suprême remet en question dans cet arrêt.

-ii. Second argument : énumération restrictive de compétence dans l'article 3168 CcQ

Le second argument, *a priori* plus fort dans le raisonnement de M. le juge Gascon, consiste à soutenir que le fait que l'article 3168 CcQ, qui énonce les règles de compétence indirecte en matière d'actions personnelles à caractère patrimonial, débute par une formule *restrictive* et négative « ... la compétence des autorités étrangères n'est reconnue que dans les cas suivants : ... » impliquerait que le principe de reconnaissance énoncé à l'article 3155 serait écarté par cette règle spéciale au profit d'un régime opposé, nécessitant la preuve de la part du demandeur de la compétence du tribunal étranger ou des éléments de fait qui permettraient de l'accepter.

Il est facile de répondre que l'énumération « exhaustive » est tout aussi cohérente avec la proposition inverse : celui qui veut s'opposer à la reconnaissance doit prouver qu'aucune hypothèse positive de compétence ne correspond à la situation. Dans cette perspective, cette règle vient faciliter le travail du défendeur puisqu'il limite les cas admissibles de compétence indirecte. Selon cette lecture, il n'y a *aucune contradiction* ni aucune « tension » entre les textes des articles 3155 et 3168 CcQ¹². On ne saurait donc en tirer qu'elle impliquerait un renversement de la charge de la preuve.

¹² *Contra* : voir l'opinion de M. le juge Gascon dans *Barer*, *supra* note 1 aux para 28–29.

-iii. Troisième argument : simple application des règles de preuve des faits pertinents

La position soutenue par M. Barer, reprise avec approbation par M. le juge Gascon¹³, consiste, de manière apparemment moins contradictoire à la lettre de l'article 3155 CcQ, à affirmer qu'il s'agit non pas d'avancer un argument de droit—prouver la *compétence* indirecte du tribunal étranger—mais plutôt d'une simple question de preuve de *faits* à l'appui de sa prétention. Il s'agirait uniquement de prouver par exemple l'exécution des obligations d'un contrat dans la juridiction du tribunal étranger ou la survenance en cet endroit de la faute et du préjudice, etc.

Mais affirmer que la question de la preuve relative à la compétence ne touche que les faits sur lesquels se fonde le demandeur et que ceci entraînerait le choix relatif à la charge de la preuve nous paraît discutable. La *compétence* est une notion juridique. C'est une qualification par le juge de la situation de fait, exercice juridique dépassant la simple preuve matérielle, même si cette qualification découle de l'évaluation des faits. Déterminer le domicile d'une partie (par opposition à la résidence habituelle, notion essentiellement de fait) ou le lieu d'exécution d'une obligation ou de survenance d'une faute ou d'un préjudice sont des exercices *juridiques* assez difficiles. Surtout, cette distinction entre la preuve de fait et la qualification juridique n'est pas pertinente : elle ne détermine absolument pas la question de la *charge de la preuve des faits* à la base de la compétence.

Il aurait été possible que M. Barer puisse produire des éléments de preuve des faits suffisants pour convaincre la cour que la compétence étrangère faisait défaut sans que le demandeur ne puisse repousser cette impression, mais le premier mouvement de cette valse appartenait à M. Barer en sa qualité de défendeur, pas au demandeur.

-iv. Quatrième argument : la compétence serait une condition « préalable » de reconnaissance

M. le juge Gascon affirme que la meilleure façon de concevoir la compétence indirecte est de l'envisager comme une condition « préalable » à la reconnaissance¹⁴.

¹³ *Ibid* au para 29.

¹⁴ *Ibid* au para 30.

Il nous paraît évident que l'affirmation de ce caractère « préalable », qui ne découle d'aucun texte, est une simple *figure de style*, sans aucune valeur juridique¹⁵.

-v. Cinquième argument : l'historique législatif montrant une volonté de contrôle d'office

Selon M. le juge Gascon, une modification du texte, qui prévoyait expressément que le défendeur devait amener cette preuve, démontre une intention contraire du législateur qui voulait ainsi permettre aux juges de contrôler d'office le respect des conditions de l'article 3155 CcQ¹⁶.

À notre avis, l'historique législatif ne permet pas de conclusion ferme sur ce point. On peut au contraire penser que la modification du texte était plutôt une manière d'affirmer un rejet de principe de la reconnaissance de plein droit des décisions étrangères. En effet, alors qu'à une certaine époque, l'Office de révision du Code civil envisageait cette possibilité exceptionnelle, une partie de la doctrine la rejetait. Or, si le défendeur ne soulève aucun moyen de défense, la décision doit être reconnue. C'est donc peut-être pour éviter cette reconnaissance *de plein droit* qu'on aurait pensé à modifier l'article pour dresser une dernière barrière à cette reconnaissance en permettant au juge de procéder au contrôle lui-même, le cas échéant. Mais, à notre avis, l'idée sous-jacente à cette modification n'allait pas jusqu'à imposer systématiquement toute la charge de la preuve au demandeur.

De plus, cet argument ne nous paraît pas correspondre à la réalité depuis 1994. Les tribunaux québécois ne se lancent pas d'office dans un contrôle critique de la décision étrangère sans en avoir été sollicités par le défendeur qui s'oppose à la reconnaissance. En effet, l'idée même d'un tel contrôle d'office *systématique* est profondément contraire à la neutralité du rôle que le juge doit assumer en principe dans un système accusatoire, comme celui du droit civil québécois¹⁷.

Il contrevient aussi de manière flagrante à l'esprit internationaliste qui a prévalu lors de la réforme du droit québécois sur l'effet des décisions étrangères, qui auparavant était au contraire très fermé et protecteur. Pour quel motif voudrait-on imposer systématiquement aux juges ce contrôle interventionniste si la partie qui va subir la décision étrangère ne s'en

¹⁵ La citation du professeur Emanuelli (Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 3^e éd, coll « Bleu », Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, n° 279 [Emanuelli]) « en premier lieu [...] » fait évidemment référence au fait que cette condition est la *première* énoncée dans l'article 3155, mais elle n'a pas pour autant de caractère *préalable* à l'analyse.

¹⁶ *Barer, supra* note 1 au para 31.

¹⁷ Voir Ducharme, *supra* note 6 aux n° 97 et s.

plaint pas, alors qu'elle en aurait le droit ? D'où viendrait cette idée selon laquelle il faudrait nécessairement surprotéger le défendeur au Québec—éventuellement lui-même étranger et non domicilié en cette province—malgré lui, d'une décision étrangère ?

-vi. Sixième argument : il serait trop lourd pour le défendeur d'amener la preuve négative de l'absence de respect de chacune des situations envisagées dans l'article 3168 CcQ.

Il est vrai que la charge de la preuve négative d'absence de compétence peut être assez difficile à apporter et constitue une assez lourde charge pour le défendeur, comme l'expose M. le juge Gascon¹⁸, d'autant plus que l'article 3168 CcQ comprend six facteurs potentiels de compétence. Ainsi, il faut prouver qu'aucune obligation ne devait être exécutée dans la juridiction du tribunal étranger, etc.

Mais cette difficulté découle d'un parti pris en faveur de la reconnaissance des décisions étrangères et le fait d'avoir limité les exigences à six rattachements dans l'article 3168 CcQ vient justement l'atténuer.

En définitive, aucun de ces arguments présentés dans l'opinion majoritaire ne nous paraît convaincant étant donné l'esprit et la lettre même de l'article 3155 CcQ qui implique une lecture contraire du droit québécois, conformément à la politique exprimée lors de l'adoption du nouveau Code civil—en rupture profonde avec l'ancien droit sur ce sujet—clairement favorable à une grande ouverture internationale.

B. L'opinion minoritaire

Mme la juge Côté, dissidente sur la question de la compétence du tribunal étranger, va néanmoins dans le même sens que l'opinion majoritaire sur la question de la charge de la preuve. Elle cite ainsi¹⁹ l'affaire *Lépine*, dans laquelle la Cour suprême affirme :

Si favorables que soient ces principes à la reconnaissance des décisions étrangères, encore faut-il qu'aucune des exceptions prévues à l'art. 3155 C.c.Q. ne trouve application. En particulier, comme le précise le par. 3155(1), le tribunal québécois doit constater que le tribunal de l'État dont provient le jugement avait compétence sur la matière.²⁰

¹⁸ *Barer*, *supra* note 1 au para 34.

¹⁹ *Ibid* au para 177.

²⁰ *Société canadienne des postes c Lépine*, 2009 CSC 16, [2009] 1 RCS 549, 304 DLR (4^e) 539 [*Lépine*] au para 24; voir Geneviève Saumier, « Competing Class Actions Across Canada : Still at the Starting Gate after *Canada Post v. Lépine* » (2010) 48 Can Bus LJ 462. Il est exact que le tribunal québécois « doit constater la compétence étrangère », mais

De plus, selon la juge dissidente, en se fondant sur une décision de la Cour d'appel²¹, le tribunal québécois a l'obligation « d'examiner les éléments de preuve soumis pour s'assurer » de la compétence de l'État étranger²². Or, en l'espèce, la Cour supérieure aurait commis une erreur « manifeste et déterminante » en acceptant la compétence étrangère en l'absence de preuve relative à une faute commise en Utah ou de l'existence d'une obligation que le défendeur devait exécuter dans cet État²³.

Mme la juge Côté distingue à ce sujet le régime sous l'article 3148 CcQ de la compétence directe québécoise, qui se contente d'une preuve *prima facie* alors que, selon elle, on devrait appliquer les règles normales de procédure pour la compétence indirecte, soit que les allégations ne sont pas tenues pour avérées et qu'une preuve *prima facie* ne suffit pas²⁴.

Cependant, du point de vue de la logique, l'affirmation d'un régime plus exigeant sur le plan de la force probante ne détermine pas qui a la charge de la preuve. Il reste que le texte de l'article 3155 CcQ affirme qu'en principe, la décision est reconnue (ajoutant à la présomption découlant de la présentation du jugement étranger selon l'article 2822 CcQ), sauf si l'on apporte la preuve de certains faits contraires.

En l'espèce, Mme la juge Côté tient compte de l'article 2822 CcQ²⁵. Mais en l'appliquant, elle constate qu'aucun élément de preuve quant à une faute ou à une obligation devant être exécutée en Utah ne s'y trouvait notamment, puisqu'il s'agissait d'un jugement par défaut²⁶, à la différence d'autres instances. Donc, selon elle, la présomption découlant du caractère semi authentique du jugement étranger ne pouvait permettre de prouver la compétence du tribunal étranger dans *Barer*. De plus, à la différence de ce qu'avait affirmé la Cour supérieure, devant le tribunal étranger, les allégations présentées dans le cadre d'une requête en irrecevabilité

uniquement si le défendeur conteste cette compétence en avançant des preuves à ce sujet. Contrairement à ce que cette citation semble affirmer, de manière générale, il n'existe aucune obligation pour le tribunal québécois de constater la compétence du tribunal étranger en l'absence de contestation sur ce point. La décision étrangère peut donc être reconnue sans preuve de la compétence de ce tribunal.

²¹ *Iraq (State of) c Heerema Zwiwindrecht, bv*, 2013 QCCA 1112 au para 15.

²² *Barer, supra* note 1 au para 184.

²³ Cette proposition nous paraît légèrement différente de celle exprimée par la majorité. Examiner la preuve présentée et déterminer qui doit la présenter sont deux questions différentes.

²⁴ *Barer, supra* note 1 au para 188.

²⁵ *Ibid* aux para 194 et s.

²⁶ *Ibid* au para 195.

n'entraînaient pas de preuves suffisantes puisque les faits y étaient tenus pour avérés à ce stade, sans vérification²⁷.

C. Appréciation critique

1. Le renversement de la charge de la preuve

À notre avis, sans contredire l'opinion de Mme la juge Côté sur ce point, il est certain que le demandeur doit amener le texte du jugement étranger pour le faire reconnaître en application de l'article 508 du nouveau *Code de procédure civile*. En cas de contestation, si le défendeur veut nier la compétence, il devra lui-même présenter des arguments sérieux et ne pas se contenter d'une simple allégation d'absence de compétence. Logiquement—cela se passera dans la grande majorité des cas—le demandeur combattra alors aussi ces arguments par des éléments de preuve sérieux et le débat ne restera pas sur le plan d'une preuve *prima facie*. La cour décidera au vu des preuves respectives des deux parties laquelle a prouvé la véracité ou le caractère acceptable de son argumentation, sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire de décider laquelle a le fardeau de persuader la cour²⁸. Ceci correspond simplement à son obligation d'examiner les preuves, rappelée par Mme la juge Côté.

Cette manière de présenter l'argumentation nous paraît plus justifiée que celle de la majorité de la cour, dans la mesure où elle vise à évaluer de manière approfondie les éléments de preuve de compétence du tribunal étranger, en cas de débat déclenché par une contestation de cette compétence par le défendeur, à l'aide d'éléments plus convaincants que ceux du demandeur. Ce raisonnement touche la valeur probante des éléments de preuve. Elle vise à contester que la présentation de la décision ait suffi en l'espèce *pour repousser la preuve* de M. Barer, ce qui était pleinement dans les pouvoirs de la cour.

Mais elle ne devrait pas écarter pour autant la règle de base de la charge de la preuve.

Ainsi, si aucune preuve n'est suffisante dans un sens ou dans l'autre, ce qui devrait être très rare²⁹—et qui n'était probablement pas le cas en l'espèce—le respect de l'article 3155 CcQ devrait imposer la reconnaissance de principe et non le rejet. Ce schéma respecte la logique d'une reconnaissance de principe. Au contraire, obliger systématiquement le demandeur à prouver qu'une condition *positive* de compétence est

²⁷ *Ibid* au para 195.

²⁸ Voir Royer, *supra* note 10 à la p 122, n° 182.

²⁹ *Ibid* à la p 123, n° 182.

respectée—alors que l'article 3155 CcQ exige expressément la preuve d'une condition *négative*—s'y oppose et contredit ce texte de principe.

2. La portée du renversement de la charge de la preuve

Si l'on envisage la portée *en l'espèce* de cette opinion nouvelle relative au renversement de la charge de la preuve, on constate qu'elle n'en a aucune, en définitive. En effet, selon la preuve des faits, la majorité de la Cour estime que le défendeur s'était soumis au tribunal étranger, ce qui correspondait à l'un des facteurs de compétence indirecte de l'article 3168(6) CcQ. En définitive, en dépit de l'argumentation des parties, il était donc superflu dans cette affaire de se demander en général qui doit supporter le fardeau de persuader la cour sur ce sujet. On pourrait considérer qu'il s'agit d'une opinion incidente, sans portée impérative ou définitive.

Par contre, dans l'optique de Mme la juge Côté, dissidente sur la question de la compétence, cette question de charge de la preuve reprend sa pertinence. Toutefois, elle reste contenue dans une opinion dissidente, qui n'a donc pas de portée pratique.

Néanmoins, il est très possible que la question se repose directement dans une affaire future. Étant donné l'opinion concordante de la Cour, on peut prévoir qu'elle reprendra malheureusement cette position.

Quant à la portée *générale* de l'arrêt sur cette question, en suivant cette nouvelle logique, il faudrait désormais aussi prouver, même sans contestation préalable sur ces points de la part du défendeur, que la décision étrangère n'est pas contraire à l'ordre public (3155(3) et (5) CcQ), qu'elle ne contrevient pas à une décision québécoise déjà rendue ou en passe d'être rendue (3155(4) CcQ), etc.

Ainsi, on rendra plus difficile la reconnaissance des décisions étrangères et l'on écartera le principe sous-jacent adopté dans l'article clé dans le domaine—l'article 3155 CcQ—à la suite d'un raisonnement qui ne nous paraît ni solide ni convaincant, ni même approprié. Ce revirement profond n'est en effet certainement pas plus justifié en 2019 qu'en 1994. Il heurte de plein fouet l'ouverture internationale qui était à la base du nouveau droit québécois de la reconnaissance des décisions étrangères. Exprimé en février 2019, il va aussi clairement à contre-courant de la tendance internationale à la libéralisation, au moment où la communauté internationale vient d'adopter à La Haye le 2 juillet 2019 une convention

internationale sur le sujet visant à favoriser la circulation des décisions étrangères³⁰.

On doit malheureusement se résoudre à respecter cette nouvelle interprétation jurisprudentielle de la plus haute cour du Canada, contraire à l'esprit et à la lettre de l'article 3155 CcQ, pourtant adopté par le codificateur dans un grand mouvement de libéralisme et d'internationalisme, sans pouvoir envisager d'autres moyens de l'écarter qu'une future clarification législative.

Par. 2. Le standard de reconnaissance de compétence indirecte ou de soumission au tribunal étranger en vertu de l'article 3168(6) CcQ

La Cour supérieure avait décidé que M. Barer avait reconnu la compétence du tribunal de l'Utah en soulevant une question de fond dans sa requête en irrecevabilité et la Cour d'appel avait aussi décidé en ce sens en considérant qu'il avait soulevé « des moyens de fond non liés à la question de la compétence »³¹. La majorité de la Cour suprême confirme la reconnaissance de fait par M. Barer de la compétence du tribunal étranger, mais Mme la juge Côté diverge d'opinion sur ce point. Les deux positions s'opposent sur la question de la place à donner à l'intention du plaideur dans ce contexte de reconnaissance de compétence et donc aussi sur la nature du standard à prouver pour admettre la reconnaissance en vertu de l'article 3168(6) CcQ³².

³⁰ Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH), [Convention du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale](https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=137) [non encore en vigueur], en ligne : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=137>>.

³¹ *Barer v Knight Brothers llc*, 2016 QCCA 1400 au para 3, cité et traduit par la Cour suprême dans *Barer*, *supra* note 1 au para 47.

³² Sur ce sujet, voir entre autres : Gérald Goldstein, « Fascicule 11 : Compétence internationale indirecte du tribunal étranger » au n° 29, dans Pierre-Claude Lafond et Gérald Goldstein, dir, *JCQ Droit international privé* [Goldstein, « Fascicule 11 : Compétence internationale indirecte »]; Gérald Goldstein, *Droit international privé*, vol 2 « Compétence internationale des autorités québécoises et effet des décisions étrangères (art. 3134 à 3168 C.c.Q.) », coll « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Yvon Blais, 2012, n° 3168 500 et s [Goldstein, *Droit international privé*]; Emanuelli, *supra* note 15; H Patrick Glenn, « Droit international privé » dans *La réforme du Code civil*, t 3 « Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires », Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1993, 669 à la p 778 au para 126 [Glenn]; Jeffrey A Talpis et Jean-Gabriel Castel, « Interprétation des règles du droit international privé » dans *La réforme du Code civil*, t 3 « Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires », Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy

A. L'opinion majoritaire

M. le juge Gascon règle d'abord la question préliminaire de savoir selon quel droit évaluer cette reconnaissance, puisque M. Barer avait invoqué qu'il devait s'agir du droit étranger. Il n'est pas douteux que cette question de compétence indirecte doit être réglée selon le droit québécois, comme le rappelle le juge³³, puisqu'il s'agit des règles relatives à la reconnaissance d'une décision étrangère *au Québec*.

Il se penche alors sur la question la plus difficile : celle de savoir quand admettre la reconnaissance lorsque le plaideur nie clairement la compétence par des moyens déclinatoires puis agit d'une manière contradictoire en invoquant des motifs qui ne concernent pas la compétence, en participant ainsi au débat de fond. L'intention de reconnaître devient ambiguë³⁴.

1. Une approche rigide

M. le juge Gascon admet sans problème qu'il s'agit d'établir une *volonté de consentir* à cette reconnaissance.

Il rappelle alors l'approche que nous avons proposée—selon laquelle il ne faut pas présumer que le défendeur aurait reconnu la compétence étrangère lorsqu'il a agi au fond dans le seul but de « sauver les meubles », afin de favoriser une bonne administration de la justice en encourageant

(Qc), Presses de l'Université Laval, 1993, 801 à la p 919 au para 501 [Talpis et Castell]; Frédérique Sabourin, « Fascicule 25 : Compétence internationale relative aux actions personnelles à caractère patrimonial et effet des décisions étrangères » au n° 35, dans Pierre-Claude Lafond et Gérald Goldstein, dir, JCQ *Droit international privé*.

³³ Barer, *supra* note 1 aux para 50–51.

³⁴ L'historique rappelé par M. le juge Gascon lui permet de relever que le fait de procéder au fond sans décliner compétence donnait compétence dans l'article 63 du Projet de l'office de révision du Code civil et ne se retrouve plus dans le nouvel article. Mais cette solution dépourvue d'ambiguïté est évidente et ne pose aucun problème de toute manière. Cependant, cette disposition précisait aussi que « toutefois, cette compétence ne sera pas reconnue si le défendeur a procédé au fond pour s'opposer à une saisie ou en obtenir la mainlevée [...] ». Il est possible que ceci ait entraîné M. le juge Gascon à affirmer que « le législateur a envisagé, puis écarté, un projet d'article qui aurait obligé les tribunaux québécois à refuser de reconnaître les décisions étrangères dès lors que le défendeur aurait décliné leur compétence avant de débattre du fond de l'affaire » (*Ibid* au para 58). Toutefois, il n'est pas possible de tirer cette conclusion du texte de l'article 63 qui envisageait uniquement une hypothèse de procédure au fond *sans avoir auparavant décliné compétence*. Donc, on ne peut en déduire que le législateur aurait alors choisi de refuser compétence si, avant de procéder au fond, le défendeur y avait invoqué l'absence de compétence. On ne peut donc tirer aucune conclusion du retrait de ce passage dans l'article 3168(6) CcQ.

le défendeur à présenter des arguments—ainsi que la jurisprudence qui a suivi cette approche.³⁵

Toutefois, M. le juge Gascon la rejette³⁶ au motif contraire qu'elle ne servirait pas la justice en permettant au défendeur de présenter ses arguments au fond et de contester ensuite la compétence lors de la reconnaissance. Ceci équivaldrait à lui donner une *double chance* et entraînerait un gaspillage de ressources. En effet, il précise³⁷ :

Il serait inéquitable que le défendeur ait la possibilité de convaincre l'autorité étrangère du bien-fondé de ses allégations tout en conservant son droit de décliner ultérieurement la compétence de cette autorité si, en définitive, il est insatisfait de sa décision.

Il s'agit donc d'une question de politique procédurale : est-on d'accord pour lui donner une seconde chance ? La majorité estime que non, parce que ce serait inéquitable de présenter deux fois les mêmes arguments, même si cette limite entraîne une privation du droit de présenter ses arguments. On semble *a priori* porter atteinte au principe *audi alteram partem*. Mais pour régler ce conflit de valeurs, la majorité accepte en quelque sorte d'interpréter cette devise comme suit : « Entendre le plaideur, oui, mais une fois, pas deux »³⁸. Le droit fondamental de se faire entendre serait donc attribué une seule fois, même s'il s'exerce à l'étranger.

Pour le sanctionner, encore faut-il démontrer un comportement jugé abusif, une intention de jouer deux fois, en prouvant que le plaideur a déjà accepté la compétence du tribunal étranger.

³⁵ *Barer, supra* note 1 aux para 65–66, citant les affaires *Cortas Canning and Refrigerating Co v Suidan Bros Inc*, [1999] RJQ 1227 à la p 1244 (CS) [*Cortas Canning*] et *Ortega Figueroa c Jenckel*, 2015 QCCA 1393 [*Ortega*] (cité dans *Barer, supra* note 1 aux para 58, 59, 64).

³⁶ *Barer, supra* note 1 aux para 67–68.

³⁷ *Ibid* au para 69.

³⁸ On peut tout de même se demander si l'on doit considérer comme *inéquitable* la solution de sauver les meubles, qui permet au défendeur à l'étranger d'y présenter toute sa version des faits, en prévision du cas où il aurait tort sur la question de la compétence directe. Est-ce vraiment lui donner une double chance ? La situation met en cause deux procédures dans deux pays différents. Si le défendeur se voit refuser gain de cause à l'étranger, après avoir présenté sa version des faits, la décision sera bien exécutoire à l'étranger, même si plus tard, il bénéficie d'une absence de reconnaissance au Québec. Il nous semble donc utile que les deux tribunaux puissent entendre la version de ce défendeur, même s'il a contesté la compétence étrangère.

Sur cette question du standard à prouver pour reconnaître la compétence, selon M. le juge Gascon, il suffit de « présenter des arguments de fond qui s'ils étaient retenus, permettraient de trancher le litige »³⁹.

À notre avis, ce standard énonce bien en quoi consiste un argument de fond par opposition à un argument de procédure, mais ne répond pas à la question de savoir si l'on doit permettre ou non une présentation alternative, tout en niant la compétence, afin d'éviter un jugement par défaut sans argumentaire complet. Mais appliquer purement et simplement ce standard ignore toute considération de l'intention véritable du plaideur.

Heureusement, un peu plus loin dans son jugement, le juge atténue la rigidité de cette conception en admettant une approche plus nuancée, en suivant sur ce point le professeur Talpis⁴⁰, selon lequel il faut tenir compte des règles de procédure étrangères pour savoir s'il était concrètement possible ou non de présenter de manière séparée dans le temps, des arguments de fond ou des arguments relatifs à la procédure. Si cette présentation était impossible, on ne peut en tirer une intention de reconnaître la compétence, alors que si cette présentation séparée était possible et que le plaideur ne l'a pas fait, on peut en déduire une intention de reconnaissance de compétence.

Cette conception plus souple laissant plus de place à la preuve réelle de l'intention nous semble nettement plus équitable que le test présenté en premier lieu par M. le juge Gascon (celui de l'argument présenté qui emporterait la décision quant au fond). Elle laisse une possibilité de considérer que le plaideur n'a pas réellement eu l'intention de reconnaître la compétence étrangère même s'il a présenté des arguments au fond, susceptibles de trancher le litige, parce qu'il n'avait pas le choix.

Par contre, elle écarte tout de même la doctrine dite de « sauver les meubles », consistant à présenter de toute manière une argumentation alternative à l'étranger au cas où, tout en permettant d'invoquer ensuite l'absence de compétence.

On déduira de cet arrêt que, selon la procédure étrangère, il faudra se décider en calculant les risques, en tenant compte de la valeur des biens dans les deux États, mais que l'on ne pourra pas se faire entendre une

³⁹ *Barer, supra* note 1 au para 69.

⁴⁰ *Ibid* au para 75, citant Jeffrey A Talpis avec la collaboration de Shelley L Kath, "If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*, Montréal, Thémis, 2001 à la p 115 [Talpis].

seconde fois devant les tribunaux québécois puisque la décision étrangère sera reconnue, du moins sur la question de la compétence indirecte.

2. Application à l'espèce

En l'espèce, il semble que la preuve du droit étranger manquait. Donc, le défendeur ne pouvait bénéficier de cette règle équitable étant donné que le droit étranger fut remplacé par le droit québécois en vertu de l'article 2803 CcQ. En conséquence, selon M. le juge Gascon, « il [M. Barer] n'a[vait] pas démontré que, en raison de l'application des règles de procédure de l'Utah, il n'avait d'autre choix que de procéder comme il l'a[vait] fait [...] en invoquant des arguments de fond dans le cadre de la requête en irrecevabilité »⁴¹.

B. L'opinion minoritaire

Sur ce sujet, Mme la juge Côté diverge et considère qu'à la différence des cours inférieures, M. Barer ne se serait pas soumis à la compétence du tribunal de l'État de l'Utah du simple fait qu'il aurait soulevé des arguments de fond dans sa requête en irrecevabilité⁴².

1. Une approche plus souple

Elle considère, à juste titre selon nous, que le critère adopté par M. le juge Gascon est trop rigide⁴³ et trop objectif, et qu'il faut adopter une approche qui tienne vraiment compte de *l'intention* du défendeur⁴⁴, élément qui doit être le facteur essentiel puisque la situation matérialise un *accord* tacite. Selon elle, le test devrait partir du principe suivant⁴⁵ :

Pour déterminer si un défendeur a reconnu la compétence d'une autorité étrangère, les tribunaux québécois devraient se demander si les actes du défendeur démontrent qu'il avait une telle intention.

Elle énonce alors très justement le dilemme qu'avait présenté M. le juge Gascon en en donnant une solution différente de la manière suivante⁴⁶ :

Le défendeur qui souhaite contester la compétence d'une autorité étrangère devrait être en mesure d'expliquer *pourquoi* cette autorité n'est pas compétente

⁴¹ Barer, *supra* note 1 au para 78.

⁴² *Ibid* au para 184.

⁴³ *Ibid* au para 212.

⁴⁴ *Ibid* au para 215.

⁴⁵ *Ibid* au para 215.

⁴⁶ *Ibid* au para 213 [italique dans l'original].

sans courir le risque qu'un tribunal en arrive à la conclusion qu'il a reconnu cette compétence.

Par conséquent, selon ce critère fonctionnel, on doit envisager chaque action du défendeur dans l'optique de la question de la compétence. Si l'on peut lier les deux, on reste alors toujours dans la contestation de compétence même si l'on déborde sur le fond, *incidemment*, sans pour autant la reconnaître.

Cette approche, plus souple et moins défavorable au défendeur à l'étranger, doit aussi tenir compte, entre autres variables, de la possibilité ou non de présenter ses arguments relatifs à la procédure séparément de ceux du fond⁴⁷. Mme la juge Côté rejoint sur ce point l'opinion majoritaire pour l'utiliser, mais dans un cadre général moins rigide.

2. Application à l'espèce

Mme la juge Côté démontre bien clairement comment une situation conflictuelle peut se présenter et se présentait en l'espèce.

Comme la manière de contester la compétence devant le tribunal étranger comprenait une démonstration qu'il serait *déraisonnable de prendre compétence étant donné les circonstances*, essentiellement parce qu'il n'y avait pas de lien minimum (critère du « *minimum contacts* ») entre les parties et l'Utah, il fallait y présenter des arguments en ce sens. Or, il était possible que certains de ces arguments débordent sur l'argumentation au fond (comme la question de savoir si une obligation devait être exécutée en Utah ou si une faute y avait été commise). Affirmer alors que le défendeur acceptait la compétence en soulevant ce type d'argument *précisément destiné à démontrer l'absence de compétence* (ou le caractère déraisonnable de l'acceptation de compétence), *ignorerait totalement l'intention réelle du défendeur* et l'obligerait en conséquence à ne pas se défendre sur le plan de la compétence.

Nous approuvons totalement cette approche de la reconnaissance de la compétence internationale. Par sa prise en considération de l'intention réelle du défendeur, elle nous paraît mieux tenir compte de son contexte (la soumission volontaire à un tribunal) et elle nous semble plus équilibrée entre les parties tout en favorisant la meilleure preuve possible, sans empêcher le défendeur de présenter des arguments relatifs à la compétence qui risqueraient autrement de le faire paraître comme s'étant volontairement soumis au tribunal étranger.

⁴⁷ *Ibid* aux para 222–223, citant Talpis, *supra* note 40.

En l'espèce, Mme la juge Côté estime que Knight Brothers n'avait pas démontré que M. Barer s'était volontairement soumis à la compétence du tribunal de l'Utah en présentant des arguments de fond lors de sa requête en irrecevabilité, car il aurait fallu démontrer que celui-ci avait le choix de procéder autrement que ce qu'il avait fait⁴⁸.

C. Appréciation critique : portée du standard de soumission au tribunal dans l'arrêt *Barer*

En dépit de l'excellente opinion minoritaire de Mme la juge Côté, l'arrêt *Barer* implique un net rejet en droit positif québécois de la doctrine consistant à admettre que présenter des arguments de fond simplement pour « sauver les meubles », après avoir soulevé l'incompétence du tribunal étranger, n'est pas suffisant pour se soumettre à la compétence étrangère.

Actuellement, la meilleure possibilité de ne pas reconnaître cette compétence en présentant des arguments de fond après un déclinatoire de compétence consiste à prouver que, selon la procédure étrangère, il était impossible de présenter séparément les deux types d'arguments, ce qui nie toute volonté réelle de soumission.

Nous pensons que l'on devrait ainsi tenir compte des situations où la démonstration de l'absence de compétence implique de développer des arguments touchant *incidemment* le fond, comme le cas, précisément analysé par Mme la juge Côté, où il faudrait prouver devant le tribunal étranger qu'il serait *déraisonnable de prendre compétence étant donné les circonstances de fait*. Cette démonstration relative à la question de la compétence pourrait impliquer, par exemple, celle de l'absence de faute ou de préjudice dans la juridiction de ce tribunal ou l'absence d'obligation devant y être exécutée ou l'absence de domicile ou de résidence du défendeur en cet endroit. Même si la présentation de certains de ces arguments—l'absence de faute—suffirait à entraîner la décision de fond, on en reste encore à la procédure sans démontrer de volonté de se soumettre au tribunal étranger.

Par. 3. Les rapports entre les articles 3164 et 3168 CcQ

M. Barer plaidait que, même s'il était jugé qu'il avait reconnu la compétence du tribunal de l'Utah, il n'existait *pas de rattachement important* entre cet État et le litige entre lui et la compagnie Knight Brothers.

⁴⁸ *Ibid* aux para 222, 224.

Il invoquait alors l'application du critère du rattachement important de l'article 3164 CcQ dans le contexte de l'utilisation d'une règle de compétence expresse, l'article 3168(6) CcQ.

Cet article 3164 CcQ énonce :

La compétence des autorités étrangères est établie suivant les règles de compétence applicables aux autorités québécoises en vertu du titre troisième du présent livre dans la mesure où le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie.

On peut se demander pourquoi faire appel à l'article 3164 CcQ, la disposition du Code civil codifiant le principe de la bilatéralisation des règles de compétence québécoises (règles de compétence dite « directe ») et des règles de compétence des tribunaux étrangers aux fins de la reconnaissance des décisions étrangères selon l'article 3155 CcQ (compétences dites « indirectes »), aussi appelé *principe du miroir*. Cette disposition est destinée à permettre de formuler implicitement la plupart des règles de compétence indirecte spécifiques à chaque type d'actions (actions personnelles à caractère patrimonial, actions réelles, actions familiales, etc.)⁴⁹. Néanmoins, il existe quelques règles de compétence indirecte expressément adoptées, incluant précisément les actions personnelles à caractère patrimonial, qui se trouvent dans les articles 3168 et 3165 CcQ. Cette formulation expresse exclut la nécessité de faire appel à l'article 3164 CcQ pour formuler la règle de compétence indirecte en la matière.

De plus, cette analyse se heurte au texte même de l'article 3168 CcQ qui énonce :

Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, la compétence des autorités étrangères n'est reconnue que dans les cas suivants :

- 1° Le défendeur était domicilié dans l'État où la décision a été rendue;
- 2° Le défendeur avait un établissement dans l'État où la décision a été rendue et la contestation est relative à son activité dans cet État;
- 3° Un préjudice a été subi dans l'État où la décision a été rendue et il résulte d'une faute qui y a été commise ou d'un fait dommageable qui s'y est produit;

⁴⁹ Sur ce sujet, voir entre autres : Goldstein, « Fascicule 11 : Compétence internationale indirecte », *supra* note 32 aux n° 6 et s; Goldstein, *Droit international privé*, *supra* note 32, n° 3164 500 et s.

4° Les obligations découlant d'un contrat devaient y être exécutées;

5° Les parties leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé; cependant, la renonciation du consommateur ou du travailleur à la compétence de l'autorité de son domicile ne peut lui être opposée;

6° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Il semble donc selon cet article que les tribunaux étrangers ne sont compétents en matière personnelle à caractère patrimonial *que* si les cas qu'il énumère sont présents.

Toutefois, en raison de sa rédaction large, l'article 3164 CcQ pourrait être invoqué de manière *positive* pour étendre le bénéfice des règles *générales* de compétence exceptionnelle des tribunaux québécois aux tribunaux étrangers. Par exemple l'article 3140 CcQ, en cas d'urgence, ou l'article 3139 CcQ, en cas de demande principale et reconventionnelle ou incidente à l'étranger, pourrait exceptionnellement justifier la compétence d'un tribunal étranger qui n'aurait pas compétence normale en vertu de l'article 3168 CcQ⁵⁰.

Inversement, comme cet article 3164 CcQ énonce une exigence de *lien important*, qui intègre le principe d'une vérification de l'existence d'un lien réel et substantiel entre le litige et le tribunal étranger à l'analyse de la compétence indirecte, on pourrait aussi vouloir s'en servir de manière *négative* dans le cadre de l'article 3168 CcQ pour nier la compétence du tribunal étranger même si l'un des facteurs de l'article 3168 CcQ était respecté. Étant donné le but de ce contrôle, qui est d'éviter le *forum shopping* et donc, par ce moyen, de faire respecter des exigences fondamentales de bonne administration de la justice et d'équité procédurale, il est logique de l'utiliser dans tous les cas de compétence des tribunaux étrangers, que celle-ci découle d'un facteur de rattachement implicite ou exprès (comme l'article 3168 CcQ).

Ainsi, la jurisprudence québécoise a déjà admis la possibilité d'utiliser l'article 3164 CcQ même dans le cas des actions personnelles à caractère patrimonial de l'article 3168 CcQ⁵¹.

⁵⁰ Goldstein, « Fascicule 11 : Compétence internationale indirecte », *supra* note 32 aux n° 38 et s; Glenn, *supra* note 32 aux pp 769–771 aux para 116–119; *contra* Talpis et Castel, *supra* note 32.

⁵¹ *Cortas Canning*, *supra* note 35; *HSBC Bank Canada c Hocking*, 2006 QCCS 330, conf par *Hocking c Haziza*, 2008 QCCA 800, [2008] RJQ 1189 [*Hocking* (CA)]; *Lépine*, *supra* note 20; voir Goldstein, « Fascicule 11 : Compétence internationale indirecte », *supra* note 32 aux n° 53 et s.

Mais cette interprétation se heurte tout de même à la rédaction restrictive de l'article 3168 CcQ, qui semble exclure tout autre rattachement que ceux énoncés dans cet article. Il ne paraît donc pas possible de remettre en cause les conclusions relatives à la compétence du tribunal étranger par une autre disposition que celle de l'article 3168 CcQ. Ceci semble exclure l'utilisation *positive* de l'article 3164 CcQ (pour donner compétence alors qu'aucun rattachement de cet article 3168 CcQ n'est respecté) et donc aussi l'utilisation *négative* (c'est-à-dire l'appel à une exigence complémentaire de rattachement important) dès lors que l'un des rattachements de l'article 3168 CcQ est admis.

Ces deux problèmes d'interprétation sont exposés par M. le juge Gascon dans l'affaire *Barer* en partant d'une citation tirée de l'arrêt *Lépine*⁵², ce qui pousse le juge à les lier et à les présenter comme les deux branches d'une interprétation alternative⁵³, même si les deux questions sont indépendantes⁵⁴.

Examinons de quelle manière ces conflits de normes ont été traités dans cette affaire, puisque M. Barer invoquait précisément l'application *négative* de l'article 3164 CcQ pour faire refuser de reconnaître la décision étrangère au motif que, malgré la compétence du tribunal de l'Utah découlant de sa soumission à cette cour, selon l'article 3168(6) CcQ, il n'y avait *pas de rattachement important*, au sens de l'article 3164 CcQ, entre l'Utah et le litige qui le concernait.

A. Sur l'exigence négative d'un rattachement important selon l'article 3164 CcQ dans le domaine de l'article 3168 CcQ

1. L'opinion majoritaire

En ce qui concerne la branche négative de l'article 3164 CcQ (susceptible de retirer compétence au tribunal étranger pour manque de rattachement important), M. le juge Gascon, écrivant au nom de la majorité, estime qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer puisqu'il existait bien un rattachement important entre le litige et l'Utah du fait que M. Barer avait reconnu la compétence du tribunal de cet État pour traiter du litige en participant à l'instance⁵⁵.

⁵² *Lépine*, *supra* note 20.

⁵³ *Barer*, *supra* note 1 au para 86.

⁵⁴ Sur ce point, l'opinion de M. le juge Brown, concordante quant à la solution mais non sur les motifs, expose bien le caractère « distinct mais connexe » des deux questions dans *ibid* au para 111.

⁵⁵ *Ibid* au para 88.

Cette opinion part donc du principe que si les conditions de rattachement énoncées à l'article 3168 CcQ sont respectées, alors *en général*, il existe aussi un rattachement important entre le litige et le tribunal selon l'article 3164 CcQ.

Ceci paraît logique pour trois motifs. Premièrement, les rattachements de cet article 3168 CcQ sont semblables à ceux du tribunal québécois, sur le plan de la compétence directe, qui en principe sont eux-mêmes des rattachements sérieux, inspirés de conventions internationales. Deuxièmement, ils ont encore subi certaines restrictions ayant nécessité une rédaction expresse (toutes les obligations doivent être exécutées dans la juridiction du tribunal étranger plutôt qu'une seule obligation, pour la compétence québécoise, etc.). Enfin, troisièmement, l'article 3168 CcQ emprunte une tournure qui semble exclusive (« la compétence des autorités étrangères *n'est reconnue que* dans les cas suivants ») afin de la limiter à ces cas considérés par hypothèse comme des rattachements réels et substantiels.

Malgré ces trois motifs visant à assurer un rattachement sérieux entre le tribunal étranger et le litige, l'opinion majoritaire accepte l'idée qu'*exceptionnellement*, cela ne soit pas le cas⁵⁶. Ces cas résiduels pourraient alors laisser la possibilité d'invoquer l'article 3164 CcQ pour refuser la compétence au tribunal étranger, tout comme l'article 3135 CcQ (la théorie du *forum non conveniens*) pourrait intervenir sur le plan de la compétence québécoise si les critères de rattachement menaient exceptionnellement à une compétence sans lien étroit avec le Québec.

Toutefois, selon cette opinion, ce n'était pas le cas en l'espèce, notamment en regard de la prétention en cause relative à la levée du voile corporatif de deux entités poursuivies dans l'État de l'Utah par une demanderesse qui y avait son siège, à propos d'un contrat qui y avait été exécuté.

2. L'opinion concordante sur ce point de Mme la juge Côté

Mme la juge Côté, dissidente sur la question de la compétence du tribunal de l'Utah selon l'article 3168 CcQ, n'a donc pas besoin de se poser la question éventuelle de la vérification supplémentaire d'un *rattachement important* découlant de l'article 3164 CcQ. Ainsi, son opinion sur ce point, qu'elle présente néanmoins, n'est qu'un *obiter dictum*.

⁵⁶ *Ibid* au para 87.

i - Position favorable à l'exigence d'un rattachement important

À la différence de l'opinion de M. le juge Brown, elle affirme clairement et admet sans contestation que l'article 3164 CcQ, et donc l'exigence supplémentaire d'un *rattachement important* avec le tribunal de l'Utah, pourrait être invoqué en théorie, même dans le cas où l'un des rattachements de l'article 3168 CcQ serait respecté, en confirmant la tendance dominante à la Cour d'appel aussi admise par la Cour suprême dans l'affaire *Lépine*⁵⁷.

Souscrivant sur ce point à l'opinion du professeur Talpis, elle confirme que cette exigence doit être généralement utilisée contre le *forum shopping*⁵⁸, quelle que soit la règle de compétence indirecte en cause (implicitement formulée à partir du principe du miroir de l'article 3164 ou même expressément énoncée comme le sont les articles 3165 à 3168 CcQ)⁵⁹, même si les critères plus restreints de l'article 3168 CcQ que ceux de l'article 3148 CcQ diminuent le risque d'une telle compétence exorbitante⁶⁰. Elle illustre très bien cette possibilité par les faits des affaires *Cortas Canning*⁶¹ et *Hocking*⁶² qui constituent des contre-exemples convaincants opposables à l'opinion du juge Brown.

Elle confirme alors de manière limpide la complémentarité fonctionnelle entre cette exigence sur le plan de la compétence indirecte et la théorie du *forum non conveniens* sur celui de la compétence directe du tribunal québécois en ces termes⁶³ :

[L]'arrêt *Spar* indiqu[e] clairement que la Cour était consciente du risque d'un « exercice injustifié de compétence de la part d'un tribunal ». C'est pourquoi elle a tenu à souligner que la doctrine du *forum non conveniens* constitue un « contrepoids important » à la rigidité des facteurs de rattachement codifiés. Cependant, comme l'a par la suite conclu la Cour dans l'arrêt *Lépine*, cette doctrine ne s'applique pas à la reconnaissance des décisions étrangères. À mon avis, cela rend l'exigence du rattachement important énoncée à l'art. 3164 C.c.Q.

⁵⁷ *Ibid* au para 238.

⁵⁸ *Ibid* au para 264, citant Talpis, *supra* note 40 à la p 110 : « [traduction] Le critère du rattachement important sert très bien l'objectif d'empêcher que des parties soient traînées devant le tribunal d'un ressort inapproprié [...] ».

⁵⁹ *Ibid* aux para 245, 248.

⁶⁰ *Ibid* au para 247.

⁶¹ *Cortas Canning*, *supra* note 35, cité dans *ibid* au para 249. Ainsi, l'appel au rattachement important de l'article 3164 CcQ ne matérialise pas le raisonnement relatifement incohérent constitué par l'utilisation « contrôlée » de l'article 3135 CcQ.

⁶² *Hocking (CA)*, *supra* note 51, cité dans *Barer*, *supra* note 1 au para 250.

⁶³ *Barer*, *supra* note 1 au para 256 [référence omise], voir aussi au para 262.

d'autant plus nécessaire comme protection contre les déclarations inappropriées de compétence.

Elle considère toutefois que si les deux règles impliquaient bien un pouvoir discrétionnaire, celui découlant de l'article 3164 CcQ serait plus acceptable d'abord parce qu'il ne concernerait pas l'exercice de la compétence étrangère mais plutôt son établissement⁶⁴. De plus, elle estime qu'il ne s'agirait pas alors d'un exercice « hautement subjectif », comme celui utilisé dans le cas du *forum non conveniens*⁶⁵.

ii - Application à l'espèce

À l'opposé de la majorité sur ce sujet, elle estime qu'il n'existait pas de rattachement important entre le litige et l'Utah⁶⁶, ce qui aurait écarté toute possibilité de reconnaissance, si jamais l'un des facteurs de l'article 3168 CcQ avait été respecté.

De manière générale, elle affirme justement à ce propos que, même si la preuve est suffisante pour établir la compétence étrangère selon l'article 3168(6) CcQ, il est possible que d'autres éléments de preuve soient nécessaires pour respecter l'exigence de rattachement important entre le tribunal étranger et le litige⁶⁷.

Elle estime aussi plus précisément qu'il fallait un rattachement important avec l'objet du litige *et* avec les parties elles-mêmes⁶⁸. Or, selon son opinion, il manquait en l'espèce un lien personnel entre l'Utah et M. Barer puisqu'il aurait été nécessaire de percer le voile corporatif pour en obtenir un⁶⁹.

⁶⁴ *Ibid* au para 263. En utilisant cette très subtile distinction, il est exact qu'il s'agit alors par l'article 3164 CcQ de viser directement « l'établissement » de la compétence étrangère et non d'affirmer que le tribunal étranger—auquel on attribuerait un pouvoir discrétionnaire théorique semblable à celui de l'article 3135 CcQ—*aurait dû* utiliser ce pouvoir afin de ne pas exercer cette compétence *dans le sens qui nous paraît acceptable* en l'espèce.

⁶⁵ *Ibid* au para 263, citant Geneviève Saumier, « The Recognition of Foreign Judgments in Quebec—The Mirror Crack'd? » (2002) 81:3 R du B can 677 à la p 694. Sur ce dernier point, il ne nous semble pas qu'il existe une différence notable entre les deux situations. Retirer compétence au tribunal étranger selon nos conceptions en vertu de l'article 3164 CcQ reste assez subjectif, envisagé du point de vue du Québec et non selon le point de vue du tribunal étranger.

⁶⁶ *Barer, supra* note 1 au para 234.

⁶⁷ *Ibid* au para 267.

⁶⁸ *Ibid* au para 269.

⁶⁹ *Ibid* au para 269.

Sur la question de l'absence d'un rattachement important en l'espèce, cette opinion reste discutable si l'on considère que celui entre l'objet du litige et le tribunal peut être suffisant, et la position de la majorité de la cour nous paraît mieux justifiée.

3. L'opinion de M. le juge Brown : exclusion de l'exigence du rattachement important de l'article 3164 CcQ

Sur ce point, M. le juge Brown s'inspire de l'arrêt *Lépine*⁷⁰ pour présenter une interprétation originale et très élaborée, partiellement limitative, de l'article 3164 CcQ dans le contexte de l'article 3168 CcQ.

Selon lui, il est impossible d'invoquer (négativement) l'absence de rattachement important de l'article 3164 CcQ pour retirer compétence à un tribunal étranger qui respecterait l'une des conditions de rattachement de l'article 3168 CcQ.

Cette opinion se rapproche beaucoup de celle de la majorité, puisque M. le juge Gascon part du principe qu'en général, si l'une des conditions de l'article 3168 était respectée, du même coup, l'exigence de rattachement important le serait aussi. Toutefois, M. le juge Gascon admet qu'il puisse se trouver des situations exceptionnelles où cette exigence ne le sera pas. M. le juge Brown va plus loin puisque, selon lui, cette exigence ne peut *jamais* s'appliquer lorsqu'on utilise l'une des règles expresses de compétence indirecte.

La clé de cette position est une interprétation nouvelle de la restriction se trouvant énoncée au début de l'article 3168, qui se lit ainsi : « Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, la compétence des autorités étrangères *n'est reconnue que dans les cas suivants* : 1° le défendeur était domicilié dans l'État où la décision a été rendue; [...] » [nos italiques].

M. le juge Brown estime que le sens à donner à cette limite impérative ne vise en réalité que l'exclusion de l'application éventuelle des facteurs de l'article 3148 CcQ (pour le tribunal québécois) qui sont plus larges que ceux de l'article 3168 CcQ (notamment les obligations, plutôt que l'une des obligations; la faute et le dommage, plutôt que la faute ou le dommage). Il s'exprime ainsi⁷¹ :

Si les termes exclusifs que l'on trouve à l'art. 3168 C.c.Q. n'existaient pas, l'art. 3164 C.c.Q. obligerait le tribunal québécois à établir la compétence du tribunal étranger en appliquant un des paragraphes de l'art. 3148 al.1 C.c.Q. Le libellé exclusif

⁷⁰ *Lépine*, supra note 20.

⁷¹ *Barer*, supra note 1 au para 125 [italique dans l'original].

employé à l'art. 3168 C.c.Q. indique toutefois clairement que, malgré le « principe du miroir », on *ne peut pas* appliquer l'art. 3148 C.c.Q. pour établir la compétence d'un tribunal étranger en pareil cas.

Ayant ainsi souligné le domaine plus restreint de la compétence étrangère découlant de l'article 3168 CcQ que celle du tribunal québécois, découlant de l'article 3148 CcQ, le juge en déduit directement qu'il n'est plus utile de faire appel à un autre mécanisme restrictif.

Il en résulte, en premier lieu, qu'il n'est pas nécessaire d'utiliser l'article 3135 CcQ, la doctrine du *forum non conveniens*, par le biais de l'article 3164, utilisée au contraire à bon droit pour limiter la compétence exceptionnellement exorbitante québécoise découlant des larges facteurs de l'article 3148 CcQ. Cette interdiction relative à l'article 3135 CcQ fut effectivement affirmée pour d'autres motifs dans l'affaire *Lépine*⁷².

En second lieu—c'est le point fort de son argumentation—dans la même optique, selon M. le juge Brown, il ne sied pas d'utiliser cet équivalent fonctionnel à l'article 3135 CcQ que représente *l'exigence du rattachement important* découlant de l'article 3164 CcQ pour *retirer* une compétence qui découlerait du respect de l'un des rattachements de l'article 3168 CcQ⁷³.

Ce faisant, il s'oppose point par point dans une longue discussion à la jurisprudence découlant de plusieurs arrêts antérieurs, notamment celui rendu dans l'affaire *Cortas Canning*⁷⁴ où la Cour supérieure affirme le contraire. Il s'oppose aussi à la majorité de la Cour suprême dans cette affaire *Barer*, qui, ayant reconnu la compétence du tribunal de l'Utah, se penche ensuite sur la question de l'exigence du rattachement important et l'admet en l'espèce.

De plus, il étend cette interdiction à tous les cas de compétence indirecte expresse (art 3166 et 3167 CcQ)⁷⁵.

Ceci paraît *a priori* difficile à admettre, notamment pour l'article 3166 CcQ qui, en matière de filiation, permet des rattachements *plus larges* que ceux de l'article correspondant pour la compétence québécoise (l'article 3147 CcQ). Mais M. le juge Brown estime, en adoptant la justification proposée par la professeure Saumier, que cette exigence éventuelle

⁷² *Lépine*, *supra* note 20. Depuis cet arrêt, on ne discute plus de cette limite, ni dans le contexte de l'article 3168 CcQ (comme dans l'affaire *Lépine*) ni dans aucun autre contexte de compétence (art 3167, 3166 CcQ, etc.).

⁷³ *Barer*, *supra* note 1 aux para 136, 137, 139, 142.

⁷⁴ *Cortas Canning*, *supra* note 35.

⁷⁵ *Barer*, *supra* note 1 au para 140.

supplémentaire de rattachement important irait alors à l'encontre d'une politique favorisant la validité des divorces et des filiations⁷⁶.

En fait, dans cette opinion, ce point n'est qu'un *obiter dictum*. En effet, le juge ne reconnaît pas de compétence au tribunal de l'Utah en vertu de l'article 3168 CcQ. Donc, il n'est pas nécessaire, dans ce contexte—à la différence de celui d'une compétence fondée sur l'article 3139 CcQ, discutée ensuite par le même juge⁷⁷—de se prononcer sur une éventuelle exigence supplémentaire découlant de l'article 3164 CcQ.

En définitive, sur cette question de l'effet négatif de l'article 3164 CcQ et de l'exigence d'un rattachement important même dans le domaine de l'article 3168 CcQ, il nous semble que la position de Mme la juge Côté soit préférable. Allant dans le même sens que l'opinion majoritaire, elle confirme brillamment la jurisprudence sur ce sujet en estimant utile de conserver un outil exceptionnel analogue à la doctrine du *forum non conveniens* pour revenir dans des cas limités sur une situation de compétence indirecte découlant de l'article 3168 CcQ qui serait trop large en l'espèce. Si cet instrument semble utile pour les autres actions, il est difficile de justifier en pratique son exclusion pour les actions personnelles à caractère patrimonial. Malgré la haute qualité structurelle de l'opinion contraire de M. le juge Brown, fondée sur les limites déjà intégrées dans l'article 3168 CcQ, elle ne nous paraît pas suffire pour admettre le contraire.

B. Sur l'effet miroir positif de l'article 3164 CcQ dans le domaine de l'article 3168 CcQ

1. L'opinion majoritaire

Selon l'opinion majoritaire, puisque le tribunal de l'Utah était déjà compétent en vertu de l'article 3168(6) CcQ, il n'était pas nécessaire d'aborder le second volet du problème d'interprétation de l'article 3164 CcQ, celui qui pourrait permettre d'élargir les compétences étrangères, même en l'absence de rattachement découlant de l'article 3168 CcQ et donc, elle ne se prononce pas sur cette question.

⁷⁶ Il est assez troublant de développer cette idée, notamment en matière de divorce, si l'on rappelle que l'exigence d'un *lien réel et substantiel* en cette matière de divorce en droit anglais (dans l'affaire *Indyka v Indyka*, [1969] 1 AC 33), reprise au Canada notamment dans l'affaire *Morguard Investments Ltd c De Savoye*, [1990] 3 RCS 1077, fut directement à l'origine de l'adoption de l'exigence du rattachement important de l'article 3164 CcQ...

⁷⁷ *Barer*, *supra* note 1 au para 149.

2. L'opinion dissidente de Mme la juge Côté

Mme la juge Côté paraît favorable à une interprétation stricte de l'article 3168 CcQ qui ne laisserait aucune autre possibilité de compétence exceptionnelle supplémentaire en matière personnelle à caractère patrimonial que celles prévues dans ce dernier article⁷⁸, ce qui exclurait tout rôle sur ce point à l'article 3164 CcQ et à l'article 3139 CcQ.

3. L'opinion de M. le juge Brown

M. le juge Brown accepte⁷⁹ l'opinion selon laquelle l'article 3164 CcQ permet de bilatéraliser les dispositions générales de compétence québécoise, ce qui a notamment déjà été admis par la Cour suprême dans l'affaire *Lépine*⁸⁰ pour l'article 3136 CcQ et par d'autres arrêts (affaire *Ortega*⁸¹ pour les articles 3138 et 3140 CcQ).

Ensuite, plus spécifiquement, en contrariant directement sur ce point l'opinion de Mme la juge Côté, il ajoute qu'il est possible de faire appel à l'article 3164 CcQ et aux règles de compétences québécoises générales, comme l'article 3139 CcQ, pour (positivement) étendre ou établir la compétence du tribunal étranger même dans le domaine de l'article 3168 CcQ⁸², ceci malgré la formule restrictive de cette dernière disposition.

Ainsi, ayant auparavant limité la portée de l'exigence du rattachement important de l'article 3164 CcQ dans le cadre de l'article 3168 CcQ, M. le juge Brown va néanmoins donner un rôle positif à ce même article 3164 CcQ. Il lui donne une fonction complémentaire ou plutôt alternative, de manière à permettre d'étendre dans les actions personnelles à caractère patrimonial les compétences étrangères découlant de l'application bilatéralisée—par le biais de cet article 3164 CcQ—des autres articles généraux que l'article 3135 CcQ, notamment l'article 3139 CcQ⁸³. Cette extension lui paraît autorisée puisque la phrase restrictive de l'article 3168 CcQ ne concernerait que l'exclusion des facteurs de l'article 3148 CcQ, et *ne couvrirait pas* les autres extensions exceptionnelles possibles pour d'autres motifs plus généraux (urgence, art 3140 CcQ; nécessité, art 3136 CcQ, etc.).

⁷⁸ *Ibid* au para 233.

⁷⁹ *Ibid* au para 122.

⁸⁰ *Lépine*, *supra* note 20.

⁸¹ *Ortega*, *supra* note 35.

⁸² *Barer*, *supra* note 1 au para 123.

⁸³ *Ibid* au para 128.

Ainsi, le juge admet clairement, comme la Cour suprême l'a déjà suggéré dans l'affaire *Lépine*⁸⁴, que l'absence de compétence découlant de l'article 3168 CcQ ne serait pas nécessairement la solution finale dans le cas des actions personnelles à caractère patrimonial, mais que l'article 3164 pourrait ajouter (par bilatéralisation) des cas de compétences exceptionnelles fondées sur les articles 3138, 3139, 3140 et 3136 CcQ, en dépit de la formulation restrictive de l'article 3168 CcQ⁸⁵.

Toutefois, dans ce cas de compétence alternative tirée de l'un de ces articles 3138, 3139, 3140 et 3136 CcQ, par le biais de l'article 3164 CcQ—à la différence d'une compétence découlant de l'article 3168 CcQ—l'exigence de rattachement important intégrée dans cet article 3164 CcQ réapparaît et devrait alors être respectée.

Sur ce point, l'opinion de M. le juge Brown, confirmant très clairement une position libérale déjà approuvée auparavant par la jurisprudence, nous paraît tout à fait justifiée, parce qu'elle apporte une certaine souplesse aux règles de compétence indirecte. Au contraire, celle de Mme la juge Côté nous semble trop stricte, bien qu'elle paraisse mieux correspondre à la lettre de l'article 3168 CcQ.

Par. 4. Notion de demande incidente et compétence découlant de l'article 3139 CcQ

Sur ce sujet, comme sur les autres, les opinions des juges divergent. L'interprétation large de M. le juge Brown lui permet de donner compétence au tribunal étranger. Au contraire, tous les autres juges adoptent en l'espèce une position plus restrictive.

A. Interprétation large de l'article 3139 CcQ par M. le juge Brown

M. le juge Brown admet une conception large mais à notre avis bien justifiée de la notion de demande incidente et des situations sur lesquelles l'article 3139 CcQ peut donner compétence, car il tient compte en contrepartie de la possibilité de restriction en vertu de l'exigence d'un rattachement important selon l'article 3164 CcQ⁸⁶.

En l'espèce, il affirme cependant qu'il y avait bien un rattachement important entre l'objet du litige, les parties et le tribunal de l'Utah. Par conséquent, il admet que l'on pouvait reconnaître la décision de cet État.

⁸⁴ *Lépine*, *supra* note 20.

⁸⁵ *Barer*, *supra* note 1 au para 126.

⁸⁶ *Ibid* au para 162.

B. Interprétation restrictive de l'article 3139 CcQ par la majorité

Sur l'article 3139 CcQ⁸⁷, la majorité estime inutile de se prononcer étant donné qu'elle admet la compétence fondée sur l'article 3168(6) CcQ.

Mais elle exprime toutefois incidemment ses forts doutes que cette disposition s'applique⁸⁸ étant donné que, selon elle, la demande intentée par Knight Brothers contre M. Barer ne serait ni une demande reconventionnelle ni une demande incidente puisque ce dernier ne serait pas un tiers mis en cause mais un codéfendeur à la demande principale. En décider autrement serait faire fi de la doctrine de la responsabilité des compagnies et de l'exigence de la levée du voile corporatif.

M. le juge Brown répond, de manière plutôt convaincante, selon nous, que cette doctrine répond à l'objectif de protéger contre la responsabilité au fond, mais pas à protéger de la compétence juridictionnelle⁸⁹. Effectivement, c'est à la loi applicable au fond de gouverner l'existence éventuelle de cette théorie et ses conséquences sur le fond du litige. Mais le tribunal doit être préalablement saisi de cette question, de manière indépendante de celle de la levée du voile corporatif, afin de déterminer la loi applicable à cette question.

De même, Mme la juge Côté présente une opinion restrictive⁹⁰ par rapport à celle de M. le juge Brown.

En l'espèce, comme la majorité, elle considère logiquement qu'il aurait alors fallu respecter une exigence de lien important, en vertu de l'article 3164 CcQ, ce qui, selon elle, n'était pas le cas⁹¹.

Cette opinion nous paraît trop restrictive par rapport à la large conception admise par M. le juge Brown, qui correspond mieux, à notre avis, à celle des demandes incidentes dans le *Code de procédure civile* québécois. De toute manière, il s'agit d'une situation internationale qui permet en théorie une définition fonctionnelle encore plus large des

⁸⁷ Sur ce sujet, voir entre autres : Goldstein, *Droit international privé*, *supra* note 32, n° 3139 500 et s; Glenn, *supra* note 32 aux pp 747–748 au para 77; Talpis et Castel, *supra* note 32 aux pp 905–906 aux para 435–437.

⁸⁸ *Barer*, *supra* note 1 au para 90.

⁸⁹ *Ibid* au para 102. Effectivement, on peut penser que c'est à la loi applicable au fond de gouverner l'existence éventuelle de cette théorie et ses conséquences sur le fond du litige, mais le tribunal doit être préalablement saisi de cette question afin de déterminer la loi applicable.

⁹⁰ *Ibid* aux para 281, 282.

⁹¹ *Ibid* aux para 92, 285.

actions incidentes que celle du droit interne. En pratique, il est essentiel, pour respecter le principe fondamental de bonne administration de la justice, de réunir l'ensemble des questions liées par un lien de connexité au même litige international, plutôt que de le disséquer entre plusieurs tribunaux qui risquent de rendre des décisions inconciliables. Les cas limites peuvent toujours être traités, sur le plan de la compétence directe, par le biais de l'article 3135 CcQ ou, sur celui de la compétence indirecte, comme en l'espèce, par le biais du rattachement important de l'article 3164 CcQ.

Conclusion

Nous avons déjà exposé plus haut :

- i. nos critiques de nature pratique relatives au renversement de la charge de la preuve dans le cadre de l'article 3155 CcQ,
- ii. celles concernant la mise à l'écart de la théorie consistant à « sauver les meubles » dans le cadre de la soumission au tribunal en vertu de l'article 3168(6) CcQ,
- iii. notre appréciation des opinions respectives des juges relatives aux effets négatif et positif de l'article 3164 CcQ dans le domaine de l'article 3168 CcQ, et
- iv. notre préférence pour une conception large des actions incidentes susceptibles d'être gouvernées par l'article 3139 CcQ.

Nous nous limiterons donc ici à ajouter quelques réflexions de nature plus théorique sur l'article 3164 CcQ.

Vingt-cinq années d'application nous permettent d'affirmer clairement que l'adoption de la formulation actuelle de cet article 3164 CcQ était une erreur.

I. Sur le principe du miroir joint à l'adoption de quelques règles expresses

Adopter la partie de cette disposition qui avait pour but d'affirmer le principe du miroir, tout en supprimant en conséquence la formulation expresse des règles de compétence indirecte, était peut-être une option acceptable du point de vue de la politique et du point de vue de l'économie de rédaction. Mais compléter cette formulation par l'adoption de quelques règles expresses matérialisait un pas en arrière diminuant très fortement

la cohérence de l'ensemble tout en entraînant assurément de difficiles problèmes d'interprétation. Il aurait été nettement plus clair et plus satisfaisant de conserver une formulation expresse de toutes les règles de compétence indirecte.

II. Sur l'exigence d'un rattachement important entre le litige et le tribunal étranger

Adopter la partie de cette règle incluant en principe une exigence de *rattachement important*, traduction de l'exigence constitutionnelle d'un lien réel et substantiel entre le tribunal et le litige, entraînait inéluctablement une réserve portant atteinte à la prévisibilité du droit de la reconnaissance des décisions étrangères. Étant donné sa justification constitutionnelle originelle—notamment le souci d'éviter les conflits de décisions canadiennes au détriment des plaideurs canadiens—on aurait pu logiquement limiter cette exigence aux litiges interprovinciaux. Mais ceci aurait eu pour conséquence négative—bien que supportable—la création de deux régimes parallèles de reconnaissance.

Alors que cette exigence a maintenant pris un autre sens et une autre portée—entraver le « mauvais » *forum shopping* international—on peut néanmoins se demander s'il reste indispensable de prévoir pour les décisions étrangères cette réserve parallèle à la théorie du *forum non conveniens*. La jurisprudence québécoise majoritaire affirme clairement son utilité dans cette affaire et il est assez difficile de présenter des arguments convaincants qui pousseraient à s'en départir.

L'idée d'une reconnaissance de principe facilitée se conçoit bien dans un contexte où les règles de compétence directe sont unifiées ou harmonisées, comme en droit européen. Mais en l'absence d'un tel régime, alors que subsistent des règles exorbitantes de compétence internationale directe, comme des privilèges de nationalité, exiger une vérification d'un rattachement important entre le litige et le tribunal étranger reste un outil utile dans la mesure où il est pratiquement impossible de formuler des règles de compétence indirecte adaptées à toutes les circonstances.

III. Résultat : un cumul de difficultés d'interprétation

Il reste que la combinaison de ces deux perspectives au sein d'une même disposition (l'article 3164 CcQ) s'avère difficile et coûteuse notamment sur le plan de la prévisibilité. Ainsi, M. le juge Brown, en rendant pourtant une opinion concordante sur le fond avec l'opinion majoritaire, s'est-il lancé, à la Cour suprême du Canada, dans une nouvelle interprétation très élaborée du jeu de cet article 3164 CcQ—après vingt-cinq années

de mise en vigueur—interprétation fortement rejetée par tous les autres juges. Même Mme la juge Côté, dissidente quant au résultat, admet l'interprétation jurisprudentielle majoritaire de cette disposition.

En définitive, cette profonde division a puissamment contribué à la rédaction d'un très long jugement qui fait les délices (intellectuels) des professeurs de droit international privé (notamment). Elle représente surtout une très lourde charge pour les parties aux litiges, le seul public directement concerné.